DER EIGENTUMSERWERB DURCH DEN MITTELBAREN STELLVERTRETER

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE DER

JURISTENFAKULTÄT ZU ROSTOCK

VORGELEGT VON

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

FRANZ WAGNER
REFERENDAR.

VERLEGT VON VICTOR HENRY,
CHARLOTTENBURG
— 1914 —

Referent:

Professor Dr. Wüstendörfer.

Meinem Vater.

Literaturverzeichnis.

Archiv für zivilistische Praxis Bd. 87; 93.

Archiv für bürgerliches Recht Bd. 18; 26.

Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, herausgegeben von Gruchot, Bd. 47; 53.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1903.

Bruck, Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.

Bruns, Besitzerwerb durch Interessentenvertreter. 1910.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1910.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. III. 1905.

Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte, Jena 1911.

Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes. 1897.

Dernburg, Allgemeiner Teil, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1899.

Deutche Juristenzeitung, Jhrg. 1912.

Düringer und Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch Bd. III, 1913.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. II, 1904.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. II, 1905.

Enneccerus-Wolff-Kipp, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I Abt. 1; Bd. II. 1912/13.

Grünhut, Das Recht des Kommissionshandels. 1879.

Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.

Höniger, Die Diskontierung von Buchforderungen. 1912.

Hupke, Die Vollmacht, 1900.

Iherings Jahrbücher, Bd. 36; 50; 53.

Juristische Wochenschrift 1903, 1907.

Koffka, In der Festgabe für Richard Wilke. 1900.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts 1912.

Lehmann und Ring, Das Handelsgesetzbuch. Bd. II. 1901.

Makower, Handelsgesetzbuch Bd. I, Teil 2. 1904.
Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.
Oberlandesgerichte, Entscheidungen der —, Bd. 20; 22.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch I, 1903; III, 1906.
Przibilla, Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes. 1905.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB., Bd. II, 1898; III, 1899.
Recht, Das —, Jhrg. 1907.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch Bd. I. 1899.
Reichsgericht, Entscheidungen in Zivilsachen. Bd. 11, 30, 51, 55, 56, 63, 67, 68, 71.
Simon, Die rechtliche Natur der sachenrechtlichen Einigung. 1907.
Staubs Kommentar zum HGB., Bd. I, 1906; Bd. II, 1907.
Staudinger, Allgemeiner Teil des BGB., 1912.
Staudinger, Sachenrecht, 1912.
Zeitschrift der Anwaltkammer Breslau, Jhrg. 1911.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Jhrg. 47.
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. 1879.

INHALT.

Seite

I. Die Typen der zu behandelnden Fälle 7
1. Sicherungsübereignung eines Inventars 7
2. Einkaufskommission 7
3. Übrige Fälle des Eigentumserwerbes durch den unmittelbaren Vertreter 8
II. Theorie des antecipierenden Besitzkonstituts 9
1. Darlegung 9
2. Kritik 10
a) Wille des Vertreters als Voraussetzung des Eigentumsübergangs 10
b) Die Vereinbarung gemäß § 930 BGB. . . . 12
c) Die Einigung über den Eigentumsübergang . 13
III. Theorie der unmittelbaren Vertreterschaft 21
1. Darlegung 21
2. Kritik 23
IV. Theorie der doppelten Übereignung 25
1. Darlegung 25
a) Konstruktion des Einigseins über den Eigentumsübergang gemäß § 181 BGB. 25
b) Anwendung der Konstruktion gemäß § 181 auf die einzelnen Typen 29
2. Die Kundbarmachung des Übereignungswillens des Vertreters 32
a) § 181 BGB. erfordert keine Kundbarmachung 32
b) Die Kundbarmachung als Voraussetzung zum Erwerb des mittelbaren Besitzes 36

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553613_0128

I. Die Typen der zu behandelnden Fälle.

1. Sicherungsübereignung eines Inventars.

In einer großen Anzahl von Entscheidungen hat den Oberlandesgerichten und dem Reichsgericht ein Tatbestand von folgendem Typus vorgelegen [1]):

A. übereignet dem B. zu Sicherungszwecken ein Warenlager oder das Inventar eines Gutes. Dabei wird vereinbart, daß die Ersatzstücke für die in ordnungsmäßigem Geschäftsbetriebe abgehenden Stücke alsbald ebenfalls Eigentum des B. werden sollen. Die Frage war, ob nicht doch für diese später angeschafften Stücke ein besonderer dinglicher Vertrag gefordert werden muß, so daß einstweilen trotz der Vereinbarung A. Eigentümer ist; eine Frage, die z. B. im Falle eines Konkurses des A. von größter Wichtigkeit ist.

2. Einkaufskommission.

Berücksichtigt man lediglich das dingliche Problem des Tatbestandes zu 1, so liegt er in keiner Beziehung anders als der eines Kommissionsvertrages. Zwar wird man in diesem wie in jedem andern Kausalgeschäft ein dingliches Element nicht ohne weiteres suchen dürfen. Ergibt sich aber aus den Umständen der Wille der Parteien, daß das Eigentum an

---

[1]) Rg 17. XII. 1892 in E 30, 142; Rg 3. II. 1903 in Gruchot Bd. 47, S. 987 ff.; Rg 24. XI. 1903 in E, 56, S. 54; Rg 11. X. 1907 in Jur. W. 1907, S. 747; Rg 21. V. 1909 in Gruchot 53, S. 1045; Rg 6. II. 1912 in D. J. Z. 1912, Sp. 811. O. L. G. in das Recht 1907, S. 1536. E. (2. XI. 1908) Bd. 20, S. 66.

den vom Kommissionär anzuschaffenden Sachen so schnell und mühelos wie möglich auf den Kommittenden übergehen soll, so ist wiederum zu erwägen, ob nicht der Kommissionsvertrag selbst das dingliche Geschäft enthält. Insbesondere gilt dies, wenn vereinbart wird, daß der Kommissionär die einzukaufende Ware zur Aufbewahrung behalten soll. Genau wie in unserm ersten Tatbestand liegen hier folgende Handlungen vor: Ein Vertrag zwischen A. (Kommissionär) und B. (Kommittent), der darauf abzielt, daß B. durch constitutum possessorium Eigentum an Sachen erlangt, die A. noch nicht in Besitz hat. Dann erlangt A. den Besitz, und zwar mit dem Willen, für B. besitzen zu wollen. Es ist also auch hier die Frage: Wird B. Eigentümer, ohne daß er bei oder nach Besitzerwerb durch A. irgendeine rechtlich erhebliche Handlung vornimmt, ja, auch wenn er überhaupt gar nichts von dem Besitzerwerb weiß? Und wie ist dieser Eigentumserwerb nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu konstruieren?

3. Übrige Fälle des Eigentumserwerbs durch den mittelbaren Vertreter.

Das Problem aber, das in diesen doch immerhin besonders gelagerten Fällen mit aller Deutlichkeit hervortritt, ist das einer großen Zahl von Geschäften des täglichen Lebens, wenn sich nämlich eine Person einer andern bedient, um sich das Eigentum an einer Sache zu verschaffen, ohne daß dieser andere seine Vertretereigenschaft dem dritten gegenüber aufdeckt, also in den Fällen des Eigentumserwerbes durch den sog. mittelbaren Vertreter.

(Der Einfachheit halber wollen wir im folgenden die Person, die das Eigentum erwerben soll, mit E. (Erwerber), ihren Kontrahenten, der für sie besitzen soll, mit V. (Vertreter oder Veräußerer), und den dritten, von dem V. Besitz und Eigentum für E. erwirbt, mit D. bezeichnen.)

II. Theorie des antecipierenden Konstituts.

1. Darlegung.

Das Reichsgericht [2]) hat in ständiger Rechtsprechung die Ansicht vertreten, daß der Vertrag zwischen V. und E. der dingliche Übereignungsvertrag gemäß §§ 929/930 BGB. ist, mit der Maßgabe, daß das Eigentum in dem Augenblick auf E. übergeht, in dem V. „der Vereinbarung gemäß handelt", d. h. von D. Eigentum und Besitz erwirbt mit dem Willen, für E., der Eigentümer der Sache sein soll, als Verwahrer oder dergl. zu besitzen. Allerdings ist diese Wirkung in die Zukunft nicht selbstverständlich, sondern muß — ausdrücklich oder stillschweigend — vereinbart werden.

Dieser sog. Theorie vom antecipierenden Besitzkonstitut haben sich Staudinger, Planck, Enneccerus angeschlossen [3]).

Diese Theorie wird dadurch empfohlen, daß sie auch andere Fälle zu erklären scheint, die in mancher Beziehung von den vorliegenden abweichen. Z. B. E. kauft von V. 100 Scheffel von dem Getreide, das in V.s Scheune liegt, V. soll das Getreide aufbewahren, bis E. es — vielleicht nach einem Monat — abholt. Wendet man die Theorie des antecipierenden Besitzkonstituts entsprechend an, so darf man hierin den dinglichen Vertrag erblicken, mit der Maßgabe, daß das Eigentum an dem Getreide im Augenblick der Trennung und gesonderten Aufbewahrung übergeht. Das ist ein Resultat, das dem tatsächlichen Willen der Parteien gerecht wird. Das Oberlandesgericht Breslau [4]) glaubt freilich, daß die herrschende Meinung ein in die Zukunft wirkendes Besitzkonstitut nur zulasse, wenn es sich um individuell bestimmte Sachen handle, die sich nur noch nicht im Besitz

---

[2]) S. die Seite 7 Anm. 1 zitierten Entscheidungen.

[3]) Staudinger III 1912, Anm. IV, 1b zu § 929 (S. 355); Planck 1906 III 227; Enneccerus I S. 443, Anm. 5.

[4]) Zeitschrift der Anwaltkammer Breslau 1911, S. 24.

des Veräußerers befinden. Dies scheint aus dem Grundsatz hervorzugehen, daß dingliche Verträge nur Rechtsänderungen hervorrufen, wenn sie bestimmte, in der Außenwelt existierende Sachen betreffen. Denn da der dingliche Vertrag konstitutiv das rechtliche Verhältnis zwischen einer Person und einer Sache ändert, so muß diese Sache wirklich existieren und kann nicht wie in einem schuldrechtlichen Vertrag nur nach typischen Eigenschaften bestimmt sein. Indessen kann dieser Satz sehr wohl so aufgefaßt werden, daß der tatsächliche Eintritt der Wirkung des dinglichen Vertrages von der Spezialität der Sache abhängt, und daß, wenn die Spezialisierung späteren Umständen überlassen bleibt, der dingliche Vertrag über diese bestimmte Sache schon vorher abgeschlossen werden kann, indem die Sache nur durch typische Eigenschaften bestimmt wird, die Rechtsänderung aber frühestens erst bei der Spezialisierung eintritt. Das Reichsgericht [5]) wendet seine Theorie daher auch an, wenn es sich nicht um eine Spezialsache handelt, z. B. für Ersatzstücke eines Viehbestandes, und es wäre widersinnig, das antecipierende Besitzkonstitut für Genus-Sachen anzuwenden, wenn V. erst noch den Besitz an der Sache erwerben, aber nicht, wenn er sie zwar schon im Besitz hat, aber noch individualisieren muß.

2. Kritik.

a) Wille des Vertreters als Voraussetzung des Eigentumsüberganges.

Wenn wir nun in eine nähere Betrachtung dieser Theorie eingehen, um an ihr Kritik zu üben, so fällt eines besonders auf: weder das Reichsgericht noch die andern Vertreter, wenn es bei ihnen auch nicht so deutlich ausgedrückt wird, begnügen sich damit, Besitzerwerb seitens V. zu fordern, damit das Eigentum gemäß dem dinglichen Vertrag auf E. übergehe, sondern V. muß bei Besitzerwerb auch den

[5]) Rg in D. J. Z. 1912, Sp. 811.

Willen haben, für E., der Eigentümer der Sache sein soll, als Verwahrer oder dergl. zu besitzen [6]). Hält man schon, sollte man meinen, den Abschluß des constitutum possessorium für möglich, bevor V. den Besitz hat, so sollte man auch nur dieses fehlende Moment, nämlich den Besitz des V. noch fordern dürfen, damit die Übereignung wirksam werde.

Es leuchtet indessen ein, daß diese Ansicht unserer Rechtsordnung widersprechen würde. Sie würde „die Persönlichkeit verdammen, der notwendige Repräsentant eines andern zu sein", wie Kohler [7]) ausführt, „so daß, was sie erwirbt, dem andern verfiele". Denn ebenso wie nur über Inventar-Ersatzstücke, könnte das antecipierende Besitzkonstitut auch abgeschlossen werden über alle beweglichen Sachen, die V. später erwerben wird. Damit würde aber V. in die Rechtsstellung des Sklaven herabgedrückt, der, mag er wollen oder nicht, für seinen Herrn erwirbt.

Ferner würde diese Konstruktion auch praktisch versagen. Nehmen wir an, V. ist Eigentümer zweier Güter: das Inventar des einen hat er $E._1$, das des andern $E._2$ zur Sicherung übereignet, so, daß Ersatzstücke ohne weiteres in deren Eigentum fallen sollen. In der Viehherde beider Güter fehlt es an je einer Kuh. V. kauft eine Kuh und erlangt ihren Besitz. Hier ist es ganz deutlich, daß allein sein Wille entscheiden kann, ob die Kuh zu der Herde des $E._1$ oder der des $E._2$ gehören soll.

Nun wählen wir das Beispiel etwas anders: V. hat nur ein Gut und dessen gesamtes Inventar durch Besitzkonstitut

---

[6]) Rg in D. J. Z. 1912 Sp. 812 scheint dem zu widersprechen. Indessen muß dieser Teil des Urteils als in sich widerspruchsvoll bezeichnet werden. Nachdem erst betont wird, daß es „unerheblich sei, ob der Richter bei Erwerb der Anschaffungen die Absicht gehabt habe, das Eigentum für den Fiskus zu erwerben", wird gleich darauf zu einer wirksamen Übereignung verlangt, „daß der Übertragungswille dem Vertragsgegner erkennbar werde", d. h. eben doch ein Übertragungswille und außerdem dessen Erkennbarkeit für den Vertragsgegner.

[7]) Kohler im Bürg. A. Bd. 18, S. 102.

in der angegebenen Weise übereignet. Eine Kuh ist abgegangen., er kauft eine andere, aber nicht um die Herde zu ergänzen, sondern um sie seinem Sohn, der in der Nähe ein Gut hat, zu schenken. Es kann auch hier kein Zweifel sein, daß die Kuh nicht ins Eigentum des E. fällt, da die Kuh ja gar nicht zum Ersatz angeschafft, also kein Ersatzstück ist. Für E. ist die Lage genau so, als hätte V. gar keine Kuh angeschafft.

Wenn diese Beispiele von Genus-Sachen handeln, so ist doch klar, daß es sich bei Species-Sachen nicht anders verhält: Ein Kunsthändler V. hat sich nacheinander zwei Liebhabern $E._1$ und $E._2$ gegenüber dazu verpflichtet, ihnen ein und dasselbe Gemälde zu verschaffen, daß er in seiner Ausstellung 1 Jahr lang will aufhängen dürfen. Wenn V. es nun kauft und den Besitz erwirbt, so kann nur sein Wille entscheiden, ob $E._1$ oder $E._2$ Eigentümer sein soll. Hat er sich nur $E._1$ gegenüber verpflichtet, kauft er dann aber das Bild, um es selbst zu behalten, so wird er folgerichtig selbst Eigentümer, wenn auch $E._1$ natürlich seinen obligatorischen Anspruch hat. $E._1$ wird ebensowenig Eigentümer wie wenn V. es gekauft und den Besitz erlangt hätte, mit der Absicht, es an X. zu verschenken. Das Erfordernis, daß V. bei Besitzerwerb auch den Willen habe, gerade für E. den Besitz zu erwerben, ist also unerläßlich, da nur der Wille die Sache dem im voraus abgeschlossenen Besitzkonstitut unterordnet, und es V. jederzeit freistehen muß, anders zu wollen, als er gemäß diesem Besitzkonstitut wollen soll.

b) Die Vereinbarung gemäß § 930 BGB.

Die Sachlage ist also so, daß der dingliche Vertrag an sich vollkommen abgeschlossen sein soll, zu seiner Wirksamkeit aber noch notwendig ist, einmal, daß die veräußernde Partei den Besitz an der veräußerten Sache erwirbt, dann, daß sie dabei einen bestimmten Willen habe. Der Zweifel ist dann berechtigt, ob es wirklich einen Sinn hat, in dem ersten Vertrag den vollen dinglichen Vertrag

zu erblicken. Dieser erste Vertrag enthält zweifellos einmal die Einigung darüber, daß das Eigentum an einer Sache übergehen soll, dann die Vereinbarung eines Rechtverhältnisses, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz an dieser Sache erlangt, sobald der Veräußerer den unmittelbaren Besitz erlangt mit dem Willen, sie dieser Vereinbarung zu unterwerfen. Die Vereinbarung stellt sich dar als ein Vertrag, durch den der eine dem andern gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist (§ 868). Dieser Vertrag kann selbstverständlich abgeschlossen werden, auch wenn der Veräußerer noch nicht im Besitz der Sache ist. Ferner ist es für einen obligatorischen Vertrao — und um einen solchen wird es sich hier handeln — nicht nur nicht seltsam, sondern vielmehr geradezu typisch, daß dadurch der eine Teil dazu verpflichtet wird, einen bestimmten Willen zu fassen. Daran also, daß die in § 930 bezeichnete Vereinbarung gleich in dem ersten Vertrag getroffen ist und daß, sobald dann der Veräußerer den Besitz mit dem Willen erwirbt, für den Erwerber, als Verwahrer oder dergl. zu besitzen, der in § 930 normierte Übergabeersatz vollständig erfolgt ist, daran kann kein Zweifel sein.

c) Die Einigung über den Eigentumsübergang.

Die Frage ist dann also nur, ob die Einigung über den Eigentumsübergang von Bedeutung ist, bevor der Erwerber den mittelbaren Besitz erworben hat. Und zwar steht und fällt die Theorie des antezipierenden Besitzkonstituts mit diesem bestrittenen Problem, ob die Einigung allein als der dingliche Vertrag angesehen werden muß. Bejaht man die Frage, so muß zwar, damit das Eigentum tatsächlich übergehe, wie im Normalfalle die Übergabe, so hier der unmittelbare Besitzerwerb des Veräußerers hinzutreten und dessen Wille, daß er gemäß der zusammen mit der Einigung getroffenen Vereinbarung für den Erwerber besitze. Die Einigung aber, die in dem ersten Vertrag, z. B. dem Kom-

missionsvertrag, stillschweigend erfolgt, ist der vollständige dingliche Vertrag. Ist man aber der Meinung, daß die Einigung allein keinerlei Bedeutung hat und nur dann wichtig ist, wenn sie bei Erwerb des — unmittelbaren oder mittelbaren — Besitzes durch den Erwerber vorliegt, so kann der dingliche Vertrag der Übereignung durch constitutum possessorium frühestens in dem Augenblick abgeschlossen werden, in dem der Veräußerer im Besitz der Sache ist. Um also unser Problem zu lösen, muß diese allgemeinere Streitfrage entschieden werden.

Einer Besprechung der rechtlichen Natur der Einigung wird im allgemeinen [8]) vorausgeschickt, daß zur Übereignung eines Grundstücks Einigung und Eintragung, zu der einer beweglichen Sache Einigung und Übergabe (im Regelfalle) notwendig ist. Es wird dann auf § 873 II. BGB. hingewiesen, in dem von der „bindenden Einigung" die Rede ist und im Anschluß an diese Vorschrift, also für die Übereignung von Grundstücken, ausgeführt, worin diese Bindung besteht.

Es ist dies sehr bestritten. Die einen, z. B. Wolff [9]), legen der bindenden Einigung nur eine sehr geringe Bedeutung bei. Sie mache nur unmöglich, daß ein Teil dem andern gegenüber die Einigung widerrufen kann, während Verfügungen, die die Eintragung des Rechts unmöglich machen, erlaubt seien; und sie bewirke, daß die Einigung gültig bestehe, auch wenn ein Teil nachher — aber vor der Eintragung — geschäftsunfähig wird. Dieser Theorie, die auch in der Praxis herrscht [10]), ist von Koffka [11]) eine andere Ansicht entgegengestellt. Koffka faßt die Bedeutung des Wortes Bindung so auf, daß es durch sie dem Gebundenen un-

[8]) cf. Simon, Die rechtliche Natur der sachenrechtlichen Einigung, S. 14 ff.; Anders-Stöver, Archiv f. bürg. Recht, Bd. 26, S. 149 ff.

[9]) Wolff, Sachenrecht, 1913, S. 104 f.; ebenso Stöver, a. a. O., S. 191.

[10]) Rg 55, 342.

[11]) Koffka, i. d. Festgabe für Richard Wilke 1900, S. 167 ff.

möglich ist, eine der Einigung widersprechende Verfügung zu treffen. Die Gebundenheit an die Einigung bewirkt also — außer den von Wolff angegebenen Folgen — Verfügungsbeschränkung des Passivbeteiligten bezüglich der Verfügungen, die das Recht des Aktivbeteiligten unmöglich machen oder stören würden. Simon [12]), der sich dieser Ansicht angeschlossen hat, führt weiter aus, daß der § 873 II demnach eine Ausnahme von § 137 darstelle, da es sich um eine rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung handle [13]). Das sei aber nichts einzig dastehendes, da auch in andern Fällen das Gesetz eine Verfügungsbeschränkung durch Rechtsgeschäft gestatte (§§ 399, 2113/15) und überdem sei es diesen allgemein anerkannten Ausnahmen und der des § 873 II gemeinsam, daß sie die durch § 137 verhinderten Mißstände wirtschaftlicher und sozialer Natur nicht hervorrufen können. Im übrigen sei die Rechtslage aber gemäß § 135 zu behandeln.

Die abweichende Ansicht Endemanns [14]) wird, wie ich glaube mit recht, von allen andern bekämpft. Er meint, aus der bindenden Einigung folge ein dinglicher Anspruch des Aktivbeteiligten auf Eintragung. Es ist nicht klar, wie dieser dingliche Anspruch eigentlich beschaffen ist: richtet er sich nur gegen den Passivbeteiligten, so hat er keinen andern Inhalt als der Anspruch auf Erfüllung aus dem Kausalgeschäft, es wäre also ein rechtlich unerheblicher, d. h. gar kein Anspruch. Richtet er sich gegen jeden dritten, so ist er nichts anderes als die von Koffka und Simon behauptete Verfügungsbeschränkung, nur von der Aktivseite aus gesehen.

Eine eingehende Kritik der beiden anderen Ansichten brauchen wir erst dann vorzunehmen, wenn feststeht, daß es sich bei beweglichen Sachen nicht anders verhält als bei

---

[12]) Simon, S. 34 ff.

[13]) cf. Simon, S. 38 ff.

[14]) Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1905, Bd. II, S. 88; cf. dazu Stöver, a. a. O., S. 175.

Grundstücken. Das wird fast allgemein, auch von denen, die einer Einigung vor Übergabe geringe rechtliche Bedeutung beimessen, im Prinzip angenommen. Es wird dann weiter so argumentiert [15]): Stellt § 873 II für die bindende Wirkung der Einigung bei Grundstücken die besondere Voraussetzung der notariellen Beurkundung auf, so stellt sich dies als Ausnahme von der Regel dar. Darauf führen sowohl allgemeine Auslegungsregeln — in der Tat drängt die Form der Vorschrift auf ein argumentum e contrario — als auch die Überlegung, daß der Grundstücksverkehr gegenüber dem Verkehr mit beweglichen Sachen überhaupt erschwert ist und sich ja besonders für die notarielle Form die naheliegende Analogie des § 313 bietet. Prinzipiell ist also die Einigung bindend, bei Übereignung oder Belastung von Grundstücken und bei Übertragung oder Belastung von Rechten, mit denen ein Grundstück belastet ist, aber nur, wenn sie in notarieller Form vorgenommen ist.

Es kann nicht bestritten werden, daß diese Folgerungen logisch sind, es fragt sich aber noch, ob ihre Grundlagen richtig sind.

Um dies zu prüfen, betrachten wir zunächst den Wortlaut von § 873 und § 929. Dabei muß auffallen, daß der Ausdruck verschieden ist. Es heißt in § 929 nicht entsprechend § 873: zur Übereignung einer beweglichen Sache ist notwendig die Einigung und die Übergabe der Sache, sondern: Übergabe, und „daß beide (Parteien) darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll." Dem Wortlaut nach kann § 929 nicht anders ausgelegt werden, als indem man das Wort „dabei" einfügt: Übergabe und daß die Parteien bei Übergabe darüber einig sind etc. (daß die Übereignung auch durch Einigung nach Übergabe erfolgen kann, ergibt sich ohne weiteres aus § 929[2]). Diese Auslegung ist schon geboten, wenn man § 929 allein betrachtet,

---

[15]) cf. Simon, S. 14.

noch vielmehr aber, wenn man den Wortlaut des § 873 dagegenhält, der, wie sich aus § 873 II ergibt, eine Einigung vor Eintragung kennt und dementsprechend die umgekehrte Reihenfolge (Einigung und Übergabe) und das Wort „Einigung" nicht wie § 929 „Einigsein" wählt.

Über diese Auffassung herrscht auch, wie ich glaube, kein Streit. Zuerst hat Eccius [16]) mit aller Schärfe darauf hingewiesen, der eine bindende Wirkung der Einigung überhaupt leugnet. Im Anschluß an ihn führt aber auch Simon [17]), der aus der Bindung durch die Einigung die extreme Folgerung der Verfügungsbeschränkung zieht, aus: „Die beiden Elemente des die dingliche Rechtsänderung herbeiführenden Tatbestandes: Einigung und Übergabe müssen derart im Zusammenhange stehen, daß das folgende Element sich auf das vorhergegangene bezieht. . . . So ist, wenn Einigung über Übereignung einer beweglichen Sache erfolgt ist, und dann die Übergabe zum Zwecke der Verwahrung geschieht, die Übereignung nicht erfolgt. Die geforderte Beziehung auf die Einigung . . . muß bei der Übergabe, die ein vieldeutiger Formalakt ist, erst durch die Parteien hergestellt werden. Dies bedeutet das „einig sein müssen . . . . ." Er ergänzt also auch das „einig sein" zu: bei Übergabe einig sein. Er behauptet aber, dies „einig sein" sei nicht die zur Übereignung erforderliche Einigung, sobald dies der Übergabe vorausgehe, was allerdings im allgemeinen nicht der Fall sei. Er übersieht dabei, daß von solcher Einigung in § 929 gar nicht die Rede ist.

Die allgemein behauptete Symmetrie von § 873 und § 929 (Einigung und Eintragung — Einigung und Übergabe) besteht also in Wirklichkeit gar nicht. Für die Übereignung einer beweglichen Sache ist vielmehr lediglich wesentlich und erforderlich, daß die Übergabe erfolgt und die Parteien bei Übergabe darüber einig sind, daß das Eigentum über-

---

[16]) Eccius in Gruchot, Bd. 47. S. 52 f.
[17]) Simon a. a. O., S. 15.

geht. Eine selbständige Einigung ist nicht normiert. Dann kann aber jedenfalls die Koffka'sche Lehre nicht auf § 929 übertragen werden. Denn sie behauptet eine Verfügungsbeschränkung, eine Ausnahme von § 137, und, da eine solche Ausnahme für den Fall der Übereigung einer beweglichen Sache nicht normiert ist — was sie doch müßte, da es sich um eine Ausnahme von einem allgemeinen Grundsatz handelt — so ist sie eben nicht gegeben.

Legt man aber der Einigung mit Wolff nur eine beschränkte Bedeutung bei, so ergibt sich, daß sie bei § 929 — wollte man sie selbst im Prinzip annehmen — gar keine Bedeutung hätte. Daß der Widerruf der anderen Partei gegenüber verboten ist, ist deshalb bedeutungslos, weil ja zur tatsächlichen Übereignung noch eine Willenserklärung des Veräußerers nötig ist, nämlich der Wille zur Übereignung b e i Übergabe. Faßt der Veräußerer diesen Willen nicht, wozu er höchstens aus dem Kausalgeschäft, nicht aber aus der Einigung gezwungen werden könnte, so hilft es dem Erwerber zu nichts, daß der Veräußerer „nicht widerrufen" darf. Und aus demselben Grunde müssen die Parteien auch noch bei Übergabe geschäftsfähig sein, da sie sonst den bei der Übergabe notwendigen Willen nicht fassen können.

Wir haben bisher unsere Folgerungen nur von dem Wortlaut des Gesetzes abgeleitet . Es wäre indessen möglich, daß das Ergebnis bei Berücksichtigung des Sinnes der Vorschriften im Zusammenhalt mit der gesamten Regelung der Materie durch das bürgerliche Gesetzbuch vielleicht doch anders ausfallen könnte, zumal da die Kommission bei der Wahl des Ausdrucks geschwankt hat und sich vielleicht über die von uns aus der Verschiedenheit der Ausdrucksweise in § 873 und § 929 gezogenen Schlüsse nicht klar war. Stellt man sich für die Folgen der bindenden Einigung auf den Standpunkt von Wolff, so erübrigt sich, wie schon angedeutet, diese Untersuchung, da dann eine Einigung vor Übergabe jedenfalls keine Rechtswirkungen hat, also ein

rechtlich belangloser Vorgang ist. Stellt man sich aber auf Koffkas Standpunkt, so genügt ein, wie ich glaube bisher noch übersehener, Hinweis auf die notwendig zu ziehenden Folgerungen, um eine bindende Einigung vor Übergabe abzulehnen: Da es an einer Formvorschrift fehlt, könnte diese Einigung formlos geschehen, insbesondere also im Wege der Auslegung in Rechtshandlungen der Parteien gefunden werden, die ausdrücklich zwar auf ein anderes Ziel gerichtet sind, zugleich aber stillschweigend den Einigungs-Willen der Parteien kundtun. Der Wille der Parteien muß, um die dingliche Einigung darstellen zu können, darauf gerichtet sein, daß das Eigentum auf den Erwerber übergehen soll. Dieser Wille gibt sich nun, wie mir scheint mit aller Deutlichkeit und ohne Ausnahme, in jedem auf die Übereignung gerichteten Kausalgeschäft zu erkennen. Dies ist zwar a u s d r ü c k l i c h darauf gerichtet, daß der eine Teil verpflichtet sein soll, das Eigentum zu übertragen, der andere Teil, irgend ein Entgelt zu leisten. Die Parteien haben aber doch auch zugleich beide den Willen, daß das Eigentum an der Sache — bei Übergabe, und gegebenenfalls unter besonderen Voraussetzungen — übergehen soll, und geben diesem Willen durch Abschluß des Kausalvertrages auch genügenden Ausdruck. Es scheint mir daher unabweisbar, daß, will man von einer „Einigung" bei der Übereignung beweglicher Sachen reden, diese ohne Ausnahme schon in dem Kausalgeschäft zu erblicken ist. Wenn man mit Koffka Verfügungsbeschränkung des Passivbeteiligten als Folge der Einigung annimmt, ergibt sich also, daß das obligatorische Geschäft, durch das sich jemand zur Übereignung einer Sache verpflichtet, ihn zugleich in der Verfügung über diese Sache beschränkt, soweit das Recht des Erwerbers auf Erwerb des Eigentums dadurch vereitelt oder gestört würde, da in dem obligatorischen Geschäft zugleich die bindende Einigung über dem Eigentumsübergang liegt. Eine solche Verfügung wäre dem Erwerber gegenüber gemäß § 135 BGB. unwirksam. Nur ein Gutgläubiger, der von dem Be-

stehen der Einigung, also des Kausalgeschäftes, nichts weiß, könnte dann noch gemäß §§ 135 II, 932, Eigentümer der Sache werden. Es braucht nicht weiter ausgeführt werden, daß dies Ergebnis dem Sinn des Bürgerlichen Gesetzbuchs widersprechen würde. Die Rechtslage wäre dann in der Tat kaum anders als im Allgemeinen Landrecht, nach dem der Erwerber schon durch Abschluß des Kausalgeschäftes eine Art von dinglichem Anspruch gegen jeden Dritten bösgläubigen Erwerber, ein sogenanntes ius ad rem, erwarb. Daß aber das Bürgerliche Gesetzbuch sich gerade in dieser Materie von der Regelung des allgemeinen Landrechts wesentlich unterscheidet, darüber herrscht wohl allgemeine Einstimmigkeit.

Wortlaut also wie Sinn des Gesetzes verbieten es, von einer bindenden Einigung vor Übergabe bei der Übereignung beweglicher Sachen zu sprechen. Eine solche Einigung ist, wenn sie selbst ausdrücklich erfolgt, ohne jede rechtliche Bedeutung, ein rechtlich unerheblicher Vorgang in der Außenwelt. [18])

Wird nun die Übergabe durch die in § 930 normierte Vereinbarung ersetzt, so kann die Sachlage nicht anders sein. Auch hier ist erforderlich und ausreichend Einigkeit der Parteien über den Eigentumsübergang b e i Erlangung des mittelbaren Besitzes seitens des Erwerbers vermöge der Vereinbarung. Kann auch natürlich die Vereinbarung abgeschlossen werden, bevor der Veräußerer im Besitz der zu übereignenden Sache ist, so erlangt doch vermöge dieser Vereinbarung der Erwerber den mittelbaren Besitz erst, wenn der Veräußerer den unmittelbaren Besitz erlangt mit dem Willen, gemäß der Vereinbarung für den Erwerber zu besitzen. Und erst in diesem Augenblick kann „die Einigung" stattfinden.

---

[18]) Stöver a. a. O. gelangt auf ähnlichem Wege zu demselben Resultat. cf. S. 178.

Damit aber ist die Theorie des antezipierenden Besitzkonstituts widerlegt. Ist die Einigung der Parteien über den Eigentumsübergang nur erheblich, wenn sie bei (oder nach, § 929 [2])Erlangung des mittelbaren Besitzes erfolgt, so kann eben vor Besitzerlangung von einem dinglichen Vertrag nicht gesprochen werden.

III. Theorie der unmittelbaren Vertreterschaft.

I. Darlegung.

Kann die Übereignung nicht in dem Vertrag zwischen Vertreter und Erwerber liegen, so ist es natürlich, sie in dem Vertrage zwischen Drittem und Vertreter zu erblicken. Dies ist nur so möglich, daß man den heimlichen Vertreter einem unmittelbaren Vertreter gleichstellt.

Eine Vertreterschaft kan nach BGB. nur angenommen werden, wenn sie offenkundig ist, denn § 164 bezieht sich auf „Willenserklärungen" und um solche handelt es sich bei der Übereignung [19]). Es ist also, um diese Theorie zu begründen, nachzuweisen notwendig, daß, trotzdem der Vertreter seinen Geschäftsherrn nicht nennt und dessen Person auch aus den Umständen nicht zu ermitteln ist, doch die Offenkundigkeit im Sinne des § 164 gewahrt ist.

Es ist deutlich und sei gleich betont, daß diese Theorie von der im gemeinen Recht verbreiteten, nach der lediglich der Wille des Vertreters über das Eigentum entscheidet [20]), wesentlich verschieden ist. Diese behauptete eine tatsächlich mittelbare, also dem § 164 widersprechende, Vertreterschaft, und ist daher heute nicht mehr haltbar. Der vor-

[19]) cf. Staudinger III Einleitung VII B b; Dernburg, Sachenrecht § 44 II 5; besonders Stöver, a. a. O. S. 171; dagegen: Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter S. 5 f. und Eccius in Gruchots Beiträgen Bd. 47, S. 51 ff.

[20]) cf. Grünhut, Recht des Commissionshandels S. 430 f.

liegenden Theorie wird dagegen § 164 zugrunde gelegt, nur werden seine Voraussetzungen bei der Übereignung auch dann als erfüllt angenommen, wenn aus der Erklärung des Vertreters nicht ersichtlich ist, wen und ob er überhaupt vertrete. Wie ist das zu begründen? Jung [21]) hat in einem Aufsatz über den Eigentumsübergang beim Kommissionseinkauf eine prägnante Darlegung der Theorie gegeben. Er führt aus:

Im allgemeinen nehme man an, daß der Kommissionär sowohl den obligatorischen Kaufvertrag im eigenen Namen schließe als auch das Eigentum an der gekauften Sache sich selbst übertragen lasse, um es alsdann nurch eine zweite Übereignung den Kommittenten auszuliefern [22]).

Demgegenüber sei zu behaupten, daß das Handeln im eigenen Namen sich auf den obligatorischen Kaufvertrag, von dem auch in § 383 HGB. nur die Rede sei, beschränke. Bei dem dinglichen Vertrag, durch den nach der angeführten Ansicht der Dritte die Sache dem Kommissionär übereigne, sei die Lage folgende [23]).

Dem Dritten sei es ganz gleichgültig, wer das Eigentum erlange, da ja obligatorisch der Kommissionär ihm jedenfalls verpflichtet sei. Er übertrage also durch Übergabe der Sache an den Kommissionär das Eigentum nicht gerade auf den Kommissionär, sondern an den, den dieser zum Eigentümer machen wolle, an den, „den es angeht". Es sei zwar weder erklärt, noch ergebe sich aus den Umständen, für wen, ja nicht einmal, ob überhaupt der Kommissionär bei der Übereignung als Vertreter auftrete. Es ergebe sich aber aus den Umständen, nämlich aus der Natur des dinglichen

---

[21]) Jung, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 47, S. 183 ff.; cf. außerdem: Rümelin im Arch. f. Ziv. Praxis Bd. 93, S. 218 ff.

[22]) Düringer-Hachenburg III S. 570; Staub I Exkurs zu § 58 Anm. 36; Lehmann, Lehrbuch S. 843; Denkschrift zum BGB. S. 254.

[23]) Jung, a. a. O. S. 191 ff.

Vertrages, daß der Dritte es dem Kommissionär freistelle, als Vertreter aufzutreten und dann sei der in § 164 geforderten Offenkundigkeit genügt. Man müsse eben nicht am Wortlaut dieser Vorschrift haften, sondern ihren eigentlichen Sinn beachten, und der sei, daß der Dritte jedesmal ein wesentliches Interesse daran habe, zu wissen, mit wem er es zu tun habe. Dieser Grund, der die Vorschrift veranlaßt habe, falle aber bei der Übereignung fort, da es bei ihrer Natur dem Dritten gleichgültig sei, mit wem er eigentlich kontrahiere. Selbstverständlich könne es gegebenenfalls anders liegen, wenn sich nämlich aus den Umständen (z. B. bei Übereignung eines Familienandenkens an ein Familienmitglied) ergebe, daß nach dem Willen des Veräußerers eine ganz bestimmte Person Eigentümer werden solle.

2. Kritik.

Es ist nicht zu leugnen, daß diese Auffassung des § 164 auf den ersten Blick jedenfalls recht bedenklich scheint, da sie dessen klaren Wortlaut ziemlich in das Gegenteil umkehrt. Andererseits hat aber die Berufung auf den Sinn der Vorschrift und auf die generelle Natur der Übereignung etwas Bestechendes. Der Einwand, den ich gegen diese Theorie erheben möchte, liegt daher auch weniger darin, daß sie materiellrechtlich falsch, als daß sie methodisch unbefriedigend ist. Sie umfaßt nämlich Fälle, die im wesentlichen ganz gleich gelagert sind, wie der von Jung zugrunde gelegte, nicht, so daß diese dann ganz anders konstruiert werden müßten. Läßt sich eine Theorie finden, die alle Fälle in gleichbefriedigender Weise umfaßt, so verdient diese daher den Vorzug, ganz abgesehen von sachlichen Bedenken.

Ein Bankier bekommt von einem Kunden E. Auftrag, für ihn 10 preußische 4 % Konsols anzuschaffen. Gleichzeitig bekommt der Bankier noch eine Fülle anderer Einkaufsaufträge, endlich will er auch noch einige Papiere für sein eigenes Geschäft kaufen. Er läßt sich alles aufnotieren

und kauft dann die aufgeschriebenen Papiere an der Börse. Er hat natürlich bei Ankauf der Konsols keine Ahnung, ob er sie gerade für E. kauft. Ja, er weiß vielleicht nicht einmal, ob die Konsols nicht zu den Papieren gehören, die er für sich selbst anschaffen will. In diesem Falle kann E. unmöglich Eigentümer geworden sein, weder nach der zuletzt entwickelten, noch nach irgend einer anderen Theorie, denn daß der Bankier den E. zum Eigentümer machen w i l l, ist doch das mindeste Erfordernis, das für den Erwerb des E. aufgestellt werden muß, ohne diesen Willen des Bankiers fehlt es an jeder Beziehung zwischen E. und den Papieren. Zwar sagt Jung [24]) — und m. E. durchaus mit Recht — man dürfe nicht verlangen, daß der Bankier ganz abstrakt den Willen fasse, daß E. Eigentümer werden solle, es genüge schon, wenn er infolge des Auftrags tätig werde, denn damit bekunde er den Willen, seine durch die Kommission übernommene Verpflichtung, das Eigentum an den Papieren auf E. zu übertragen, zu erfüllen, d. h. eben den Willen, ihm das Eigentum zu verschaffen. Indessen kann man aus dem Tätigwerden infolge des Auftrags doch dann nicht auf den Übereignungswillen schließen, wenn der Bankier im Augenblick des Ankaufs und Besitzerwerbs gar nicht weiß, wer der Auftraggeber ist. Und wollte man auf Grund der Jung'schen Meinung selbst so weit gehen, so brauche ich mein Beispiel nur ein wenig zu verändern: auch der Kunde X. hat 10 preußische 4 proz. Konsols bestellt, der Bankier kauft also 20. Es kann hier gar kein Zweifel sein, daß das Eigentum frühestens in dem Augenblick auf E. bezw. X. übergehen kann, in dem der Bankier aussondert. Das gibt Jung [25]) auch zu. Vorher muß man den Kommissionär als Eigentümer anehmen. In allen Fällen also, in denen der Wille des Vertreters sich erst, nachdem der Vertrag mit dem Dritten erledigt ist, auf die Person des Vertretenen kon-

---

[24]) Jung S. 214.

[25]) Ebenda S. 206.

zentriert, ist die Vertretungstheorie unanwendbar, denn hier kann es gar nicht anders sein, als daß erst der Vertreter das Eigentum erlangt, der es dann an seinen Geschäftsherrn weiter überträgt. Diese Fälle sind auch nicht etwa seltene Ausnahmen. Bei dem weitaus größten Teile der Ausführung von Einkaufs-Kommissionsaufträgen z. B. wird der Einkaufende nicht wissen, für wen er kauft, wer Eigentümer werden soll.

IV. Theorie der doppelten Übereignung.

1. Darlegung.

a) Konstruktion des Einigseins über den Eigentumsübergang gemäß § 181 BGB.

Um nun zu einer befriedigenden Konstruktion zu gelangen, werden wir von dem Fall ausgehen müssen, in dem der Vertreter den Willen erst später auf den Erwerber konzentriert, in dem sich also die Elemente des Tatbestandes auch praktisch zerlegen. Wir werden dann zu prüfen haben, ob dieselbe Konstruktion anzuwenden ist, wenn das Tatbestandsmoment des Willens des Vertreters mit dem des dinglichen Vertrages zwischen Vertreter und Drittem zusammenfällt.

In den angeführten Fällen wird der Vertreter zunächst Eigentümer. Damit der Erwerber das Eigentum erlange, muß ein dinglicher Vertrag zwischen Vertreter und Erwerber stattfinden. Nun wird aber der Erwerber seinerseits gar nicht mehr tätig. Im Falle des Kommissionsantrages nimmt er allenfalls die Erklärung des Kommissionärs „er habe die Kommission ausgeführt“ entgegen, er selbst gibt aber keine Willenserklärung ab. Es ist zwar in dem Vertrag zwischen Vertreter und Erwerber, der den Vertreter zum Erwerb der Sache verpflichtete, auch zugleich die Vereinbarung eines dem § 930 entsprechenden Rechtsverhältnisses bezüglich der zu übereignenden Sache zu erblicken

(s. oben S. 12 f.). Damit das Eigentum aber wirklich übergehe, ist noch zweierlei nötig. Einmal der tatsächliche Erwerb des mittelbaren Besitzes seitens des Erwerbers dadurch, daß der Vertreter den unmittelbaren Besitz erwirbt und den Willen faßt, die Sache dem vereinbarten Rechtsverhältnis unterzuordnen, ferner das Einigsein von Erwerber und Vertreter über den Eigentumsübergang. Dieses Einigsein stellt in Verbindung mit der Besitzeinräumung den dinglichen Vertrag dar uns es finden daher die Bestimmungen des allgemeinen Teils über Verträge darauf Anwendung. Das ist heute fast unbestritten [26]).

Der dingliche Vertrag kann dann hier nicht anders abgeschlossen werden, als indem der Vertreter gemäß § 181 als Vertreter des Erwerbers mit sich in eigenem Namen bei Einräumung des mittelbaren Besitzes „darüber einig ist", daß das Eigentum auf den Erwerber übergeht, d. h. daß der Vertreter den Entschluß faßt, der Erwerber werde Eigentümer.

§ 181 läßt das Kontrahieren mit sich selbst als Vertreter eines anderen zu, wenn es sich lediglich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt oder wenn der Kontrahierende dazu bevollmächtigt ist. Beides wird meist bei unserem Tatbestand zutreffen. Da sich nun dieser Vertrag in der Person eines einzigen Menschen abspielt, so ist es nichts weiter als der Wille dieser einzelnen Person. Dieser Wille muß in unserm Falle zum Inhalt haben, daß von nun an der Erwerber Eigentümer sein soll. Wenn er sich mit dem Willen, von nun an die Sache dem vereinbarten Rechtsverhältnis unterzuordnen, verbindet, so geht das Eigentum auf den Erwerber über. Beide Willensimpulse werden sich natürlich immer verbinden, da die Scheidung vielmehr nur zum Zweck der juristischen Konstruktion vorgenommen ist.

---

[26]) cf. Staudinger III Einleitung VII B b; Dernburg, Sachenrecht § 44 II 5; besonders: Stöver, a. a. O. S. 171; dagegen: Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter S. 5 f. und Eccius in Gruchots Beiträgen, Bd. 47, S. 51 ff.

Erfüllt der Vertreter aber nicht eine Verbindlichkeit durch die Übereignung und hat er keine Vollmacht dazu, so kann der Eigentumsübergang ebenfalls mit Hilfe von § 181 konstruiert werden, wenn später der Erwerber seine Genehmigung erklärt.

Zwar hat Eccius [27]) die Behauptung aufgestellt, daß auf dingliche Verträge die Vorschrift des § 177 nicht anwendbar sei, und diese Behauptung folgendermaßen begründet:

> Wollte man § 177 auf dingliche Verträge anwenden, so wäre die bedingte Genehmigung nicht Genehmigung einer Verfügung, sondern eines Vertragsschlusses, also nicht von des Geschäftsherrn gegenwärtigem Verfügungsrecht über die Sache abhängig, sondern eine lediglich durch seine Verpflichtungsfähigkeit bedingte Erklärung; d. h. derjenige, der zur Zeit des Vertragsschlusses das Verfügungsrecht hatte, wäre zur Erteilung der Genehmigung berechtigt, auch wenn er zur Zeit der Genehmigung nicht mehr verfügungsberechtigt wäre. Dies aber wäre ein unbefriedigendes Resultat.

Diese Begründung scheint mir nicht schlüssig. Auch bei obligatorischen Verträgen ist Objekt der Genehmigung immer die Erklärung des machtlosen Stellvertreters, denn der in § 177 vorausgesetzte Vertrag ist ein Vorgang in der Außenwelt, eine bloße Tatsache, die man nicht genehmigen kann, und auf die Erklärung des andern Teils kann sich die Genehmigung natürlich nicht mit beziehen. Ist nun diese Erklärung eine Verfügung, so ist die Genehmigung also Genehmgiung der Verfügung eines Nichtberechtigten, und es gelten für sie dieselben Überlegungen wie für § 185 BGB. Daß nach § 185 nur der genehmigen kann, der zur Zeit der Genehmigung verfügungsberechtigt ist, wie auch Eccius [28]) betont, unterliegt keinem Zweifel und wird auch von niemand ebstritten. Und daß diese Genehmigung auf den Zeit-

---

[27]) Eccius in Gruchot, Bd. 47, S. 64 ff.

[28]) Eccius a. a. O. S. 63.

punkt des Vertragsschlusses zurückwirkt, ergibt sich mit aller Deutlichkeit aus § 184 I BGB.

Kann nun die Verfügung eines Nichtberechtigten genehmigt werden, wenn er nicht als Vertreter des Berechtigten auftritt (Fall des § 185), und wirkt diese Genehmigung auf den Zeitpunkt der Verfügung zurück, so verhält es sich ebenso mit der Verfügung eines Nichtberechtigten, der als Vertreter auftritt (Fall des § 177 BGB.); und mit der Genehmigung dieser Verfügung wird dann der ganze Vertrag wirksam.

Gegen die Genehmigungsfähigkeit eines Besitzkonstituts ohne Vertretungsmacht gemäß § 181 BGB. wird aber noch in anderer Beziehung ein Bedenken erhoben. Planck [29]) nämlich behauptet, daß ein Vertrag gemäß § 181 nichtig sei, wenn keine Vollmacht vorliege, und daß die spätere Genehmigung also diesen Fehler nicht ersetzen könne. Planck folgert dies einmal aus der Geschichte [30]): Die zweite Kommission sei in ihrer Mehrheit der Ansicht gewesen, daß durch § 181 die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts, das ein Vertreter mit sich selbst ohne Vertretungsmacht abschließe, bestimmt werde. Dies Argument kann natürlich, wenn die Meinung der Kommission im Gesetz keinen Ausdruck gefunden hat, nicht durchschlagen. Planck behauptet aber weiter, daß der Wortlaut: „Kann nicht" eine andere Auslegung nicht gestattet. Dieser Ansicht hat sich Staub [31]) mit derselben Begründung, sowie Rehbein [32]) und Cosack [33]) in der vierten Auflage seines Lehrbuchs angeschlossen. Ebenso entscheidet endlich auch das Reichsgericht [34]). Berücksichtigt man indessen die doch sehr sorgfältig beobachtete Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs, so ergibt sich, daß der Aus-

---

[29]) Planck zu § 181 Anm. 3.
[30]) cf. Protokolle II S. 74.
[31]) Staub, BGB. I Exkurs zu § 58, Anm. 12.
[32]) Rehbein, BGB. I S. 255.
[33]) Cosack, Lehrbuch 4. Aufl. § 68.
[34]) RG. 51, 426.

druck „kann nicht“ die Planck'sche Ansicht nicht stützt. Stände im Gesetz: „darf“ oder „soll“ nicht, so hätte dies nur heißen können: das Geschäft ist zwar gültig, der Abschluß verpflichtet aber zum Schadensersatz. Will auch das Gesetz das sogenannte Selbstkontrahieren grundsätzlich durch § 181 ausschließen, so kann in dieser Vorschrift, wie das Reichsgericht [35]) richtig ausführt, nicht ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB. erblickt werden. Es ist vielmehr nur

> eine dispositive Bestimmung, die eine Auslegung des Umfangs der Vollmacht oder der gesetzlichen Vertretungsmacht enthält.

Dieses ist dann auch die weitaus herrschende Lehre [36]), der sich auch das Reichsgericht in der eben zitierten sowie in späteren Entscheidungen [37]) und Cosack [38]) in der 5. Auflage seines Lehrbuches angeschlossen haben.

Das vertretungsmachtlose constitutum possessorium gemäß § 181 ist somit nach § 177 genehmigungsfähig.

b) Anwendung der dargelegten Konstruktion auf die einzelnen Typen.

Die dargelegte Konstruktion, die das Eigentum zunächst von dem Dritten an den Vertreter und von diesem durch eine zweite Übereignung auf den Erwerber übergehen läßt, wird nun in der Tat unserm Problem in allen Fällen gerecht. Sie ist auch in der Literatur, wenn auch freilich meist nur andeutungsweise und für Teilprobleme, zu finden: Wolff [39]) stellt sie bei Bekämpfung des antezipierenden Konstituts auf,

---

[35]) R. G. 56, S. 108.

[36]) v. Staudinger I zu § 181 Anm. 6. Hölder zu § 181. Enneccerus I S. 446. Dernburg, Bürg. R. I. § 170, III.

[37]) R. G. 56, 107; 63, 18; 67, 54; 68, 40; 71, 163.

[38]) Cosack, 5. Aufl. S. 293.

[39]) Wolff S. 194—195; cf. auch Düringer-Hachenburg, III, S. 570.

Staub [40]) und Przibilla [41]) vertreten sie bezüglich des Eigentumsüberganges beim Kommissionsgeschäft, das Reichsgericht hat sie in einem Falle der Sicherungsübereignung [42]) zukünftiger Warenlagerbestandteile und des Kommissionsvertrages [43]) für anwendbar erklärt.

In der Tat kann es für die juristische Konstruktion keinen Unterschied machen, ob der Vertreter den Willen erst nach Abschluß des Vertrages mit dem Dritten faßt oder gleich bei Abschluß. In diesem Falle geschehen eben die beiden Übereignungen praktisch gleichzeitig — was einer theoretischen Priorität der einen ja nicht widerspricht — und das Eigentum geht tatsächlich unmittelbar von dem Dritten auf den Erwerber über, indem es gleichsam durch den Vertreter ohne Aufenthalt hindurchgeht.[44])

Ebenso mühelos begreift diese Theorie auch die Fälle der Sicherungsübereignung künftiger Ersatzstücke eines Warenlagers, Fälle, die man gewöhnlich nicht unter dem Gesichtspunkt der mittelbaren Vertreterschaft ansieht, die

---

[40]) Staub 1906 I. Exkurs zu § 58 Anm. 37.

[41]) Przibilla in Ihrings Jahrbüchern, Bd. 50, S. 337 f.

[42]) Rg. in Jur. W. 1903, Beilage Nr. 31.

[43]) Rg. E. Bd. 63, S. 405.

[44]) Diese Konstruktion wird durch den von Höniger (Diskontierung von Buchforderungen, S. 34) gelegentlich der Bekämpfung der Theorie des Reichsgerichts erhobenen Einwand nicht betroffen. Er bemerkt zutreffend: „Ein Erwerb des Eigentums, der notwendig den gleichzeitig sich mit dem Erwerbe vollziehenden Verlust desselben in sich schließt, ist eben in Wahrheit kein Eigentumserwerb." In unserer Konstruktion schließt nun der Erwerb den Verlust nicht „notwendig" ein, beides erfolgt vielmehr durch ganz verschiedene Rechtshandlungen, nämlich der Erwerb durch eine zur Erklärung gelangte Willensübereinstimmung zwischen Drittem und Vertreter, der Verlust durch einen Willensimpuls des Vertreters, Rechtshandlungen, die oft genug auch zeitlich getrennt sind. Daß zwei Rechtshandlungen in einen und denselben Augenblick fallen können, ist sehr wohl denkbar. Dann besteht aber auch kein Grund, daran Anstoß zu nehmen, daß diese beiden Rechtshandlungen gleichzeitigen Erwerb und Verlust des Eigentums einer Person an einer und derselben Sache bewirken.

aber, wie wir schon nachwiesen, bezüglich der Übereignung genau ebenso liegen.

Auf den ersten Blick hat sie vielleicht, besonders gegenüber der zuletzt betrachteten Theorie, etwas Gekünsteltes, in Wirklichkeit scheint sie sich mir aber den tatsächlichen Vorgängen am besten anzuschmiegen. Alle drei Theorien nämlich erfordern denselben Tatbestand:

Einen Vertrag zwischen Erwerber und Vertreter, durch den dieser verpflichtet wird, dem Erwerber das Eigentum an einer Sache, die er selbst noch nicht hat, zu verschaffen,

einen Vertrag zwischen Vertreter und Drittem, kraft dessen der Vertreter den unmittelbaren Besitz und die freie Verfügungsgewalt über diese Sache erlangt (das ist auch nach den beiden ersten Theorien der Fall, da ja auch nach ihnen der Wille des Vertreters über das Schicksal der Sache entscheidet),

den Willen des Vertreters, daß er die Sache für den Erwerber gemäß dem im ersten Vertrage vereinbarten Rechtsverhältnis besitzen will und daß der Erwerber Eigentümer sein soll. (Nach der Theorie des antecipierenden Konstituts wird zwar nur die erste Hälfte dieses Willens verlangt, da ja die Einigung schon stattgefunden hat, praktisch läßt sich das aber natürlich nicht scheiden, da eben der Kommissionär z. B. nur dann den Willen haben wird, gemäß der Vereinbarung für den Kommittenten zu verwahren, wenn er diesen als Eigentümer ansieht.)

Diese drei Tatbestandsmomente werden in der entwickelten Konstruktion auch juristisch gesondert, während bei den andern beiden eine komplizierte Verschlingung stattfindet.

Irgendwelche Bedenken juristischer Art stehen ihr nicht entgegen und dann können Bedenken praktischer Natur höchstens de lege ferenda, nicht de lege lata vorgebracht werden.

2. Die Kundbarmachung des Übereignungswillens des Vertreters.

Eins aber bedarf zum völligen Ausbau dieser Theorie noch der Erklärung: Wie nämlich der Wille des Vertreters, der das Eigentum auf den Erwerber überträgt, beschaffen sein, insbesondere, ob er sich irgendwie in der Außenwelt verkörpern muß. Da dies nicht mehr die Konstruktion selbst betrifft, so begnüge ich mich mit einer Andeutung der Gedankengänge, die hier zu einem befriedigenden Resultate führen können:

a) § 181 BGB. erfordert keine Kundbarmachung.

Literatur und Praxis fordern von dem constitutum possessorium gemäß § 181, daß es nach außen kundbar gemacht werde. Nur Lehmann-Ring [44]) scheinen der Ansicht zu sein, daß es zur Wirksamkeit des Konstituts einer „Spezialisierung" nicht bedarf. Auch im übrigen freilich hat die Literatur keinen einheitlichen Standpunkt.

Die einen [46]) nämlich fordern, daß Handlungen des Kontrahenten hinzutreten, die ihn selbst binden, also z. B. beim Kommissionär, der mit sich kontrahiert, eine spezialisierte Einkaufsanzeige und Buchung auf den Namen des Kommittenten.

Ihnen an die Seite sind diejenigen [47]) zu stellen, die eine Erklärung des Willens, mit sich zu kontrahieren, eine Willenserklärung im technischen Sinne verlangen.

---

[45]) Lehmann-Ring, Bd. II, S. 236; cf. dagegen aber Lehmann, Lehrbuch S. 844.

[46]) Von Staudinger I Anm. 8 zu § 181, S. 667; Lenel, Iher. Jahrb. 36 S. 71; Hupka, die Vollmacht S. 277 ff.

[47]) Staub, Bd. I, Exkurs zu § 58, Anm. 36; Staub, Bd. II, zu § 383, Anm. 33.

Andere, wohl die herrschende Lehre [48]) zu nennen, erfordern aber nur irgend wie geartete Tatsachen, die den auch für Dritte erkennbaren Vertragswillen, den Vertragsschluß ergeben.

Zunächst wird man gegen die von Staudinger u. a. vertretene Meinung Eck recht geben müssen, der sie widerlegt mit den Worten: lege non distinguente nostrum non est distinguere. In der Tat steht im Geestz nichts davon, daß der mit sich selbst Kontrahierende, damit dieser Vertrag rechtsgültig sei, sich Dritten gegenüber durch irgend welche Handlungen an seine Einhaltung binden muß. Bezeichnet es Lenel im gemeinen Recht als unerträglich, daß es dem Kommissionär möglich sein sollte, durch solche Akte, die ihn absolut nicht binden, dennoch die Gläubiger in einem etwaigen Konkurse zu binden, indem diese sich die Aussonderung von Seiten des Kommittenden gefallen lassen müssen, so muß er heute jedenfalls diesen Mangel nicht in der Auslegung des Gesetzes, sondern im Gesetz selbst suchen.

Auch der Ansicht, daß eine Willenserklärung erfolgen müsse, kann nicht beigetreten werden. Das Gesetz sagt nirgend, daß der Vertrag, den jemand gemäß § 181 mit sich selbst abschließt, anders zu behandeln sei, als ein Vertrag zwischen zwei Personen. Damit dieser gültig sei, braucht kein Dritter davon zu erfahren. Andererseits wird aber auch nicht erfordert, damit ein Vertrag zwischen einem Vertreter und einem Dritten beide Teile binde, daß dieser Vertragsschluß dem Vertretenen erklärt werde. Da nun ein Vertrag gemäß § 181 nicht anders als ein anderer Vertrag zu behandeln ist, so braucht auch hier der Vertragsschluß,

---

[48]) Protokolle III, S. 199. OLG. Bd. 22, S. 158. RGE. Bd. 73, S. 418 und die dort zitierten Entscheidungen. Planck III, S. 227. Makower HGB. I, S. 1259 f. Kohler, Arch. f. Bürg. Recht Bd. 18. S. 6. Biermann, Sachenrecht zu § 930, Anm. 2. Eck, Vorträge II, S. 116, Anm. I. Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 570. Przibilla, in Ihrings Jahrbüchern, Bd. 50, S. 344.

damit er wirksam sei, weder einem Dritten, noch dem Vertretenen gegenüber erklärt zu werden.

Nun könnte man meinen, daß der Vertreter sich selbst seinen Willen erklären muß, da es sich bei dem Rechtsgeschäft des § 181 um einen richtigen Vertrag handelt, und hieraus ein Kriterium für die Kundbarmachung des Geschäfts gewinnen wollen. Indessen scheint es mir dem Sinn des Wortes „Erklärung" zu widersprechen, daß sie an die Person des Erklärenden selbst erfolgt. Eine Erklärung bezweckt immer, einer andern Person, die ja in die Seelenvorgänge des Erklärenden unmittelbar keinen Einblick hat, erkennbar zu machen, daß der Erklärende einen Willen gefaßt hat und welchen Inhalts dieser ist. Eine Erklärung fordert daher notwendig eine Person, der erklärt wird, einen Erklärungsempfänger . Sobald nun aber die Person, die den Willen faßt und die, an die er sich wendet, zusammenfallen, ist eine Erklärung des Willens undenkbar, da die Person ja unmittelbar, ohne Verständigung durch Zeichen, Vorhandensein und Inhalt dieses Willens erkennt.

Wollte man sich aber auch über dies logische Bedenken hinwegsetzen und wie bei jedem Vertrag auch bei dem gemäß § 181 abgeschlossenen die Notwendigkeit einer Erklärung annehmen, so würde auch dies für unsere Frage zu keinem Ergebnis führen. Willenserklärung ist — abgesehen von den übrigen hier gleichgültigen Definitionsbestandteilen — das Verhalten eines Menschen, aus dem der Erklärungsempfänger auf Vorhandensein und Inhalt eines Willens des Erklärenden zurückschließen kann[49]). Dies Verhalten kann so minimal sein wie möglich, wenn es dem Empfänger nur verständlich ist. Richtet sich nun die Erklärung an die Person des Erklärenden selbst, so braucht ein unendlich minimales, d. h. gar kein Verhalten des Erklärenden vorzuliegen, um diesen Erfolg zu erreichen, da

[49]) cf. Danz, S. 14, 43, der aber in seinen Definitionen der Willenserklärung zu betonen unterläßt, daß bei der Auslegung nur das zu berücksichtigen ist, was erkennbar ist.

ja der Erklärende seinen eigenen Willen ohne weiteres kennt.

Diese Überlegungen ergeben, daß zur Rechtswirksamkeit des Konstituts gemäß § 181 der bloße Wille, den anderen von nun an als Eigentümer der Sache anzusehen und diese für ihn gemäß dem vereinbarten Rechtsverhältnis zu besitzen, genügt.

Zu prüfen bleibt dann, wann der Wille als intensiv genug angesehen werden muß, um das Rechtsleben beeinflussen zu können?

Hierüber haben Zitelmann[50]) und Manigk[51]) folgende Lehre vor allem gelegentlich des § 151 BGB. aufgestellt: Solange der Entschluß eine Handlung nicht bewirkt, ist er eine bloße Erwägung, die vom Rechte nicht beachtet werden kann; und zwar nicht etwa deshalb nicht, weil im Falle eines Prozesses nur Eid oder Geständnis zum Beweise dieses Entschlusses dienen könnten, sondern weil überhaupt ein „Wille" noch nicht vorhanden ist. So sagt Manigk[52]):

> Die Willensaktion der Seele . . . . . dürfe im Recht nicht deshalb als unerheblich angesehen werden, weil sie eine innere Tatsache sei, sondern nur insofern, als sie ihrer Natur nach als solche noch unvollendet sei und sich immer erst in einem körperlichen Verhalten perfiziere.

Man mag diese Ansicht für zutreffend halten, praktisch ist das dadurch gewonnene Resultat nicht sehr erheblich. Das verlangte körperliche Verhalten kann nämlich — wie Manigk selbst zugibt — so geringfügig und außerdem so vieldeutig sein, daß es fast auf dasselbe hinausläuft, als wenn der Wille als ein rein innerer die Übereignung herbeiführte.

Aus § 181 läßt sich also die Notwendigkeit einer Kundbarmachung des Willens nicht ableiten.

---

[50]) Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 248.
[51]) Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 436.
[52]) Ebenda S. 436.

b) Die Kundbarmachung als Voraussetzung zum Erwerb des mittelbaren Besitzes.

Dann wäre das Moment zu berücksichtigen, daß es sich hier um eine Übereignung handelt. Zwar das dabei im allgemeinen geltende „Publizitätsprinzip" darf man hier nicht anführen, da es gerade im Falle der Übereignung durch constitutum possessorium so gut wie durchbrochen ist. Wenn aber auch Dritten die Tatsache der Übereignung nicht ersichtlich zu sein braucht, so doch dem Erwerber selbst? Das Einigsein freilich über den Eigentumsübergang, das in Verbindung mit dem Besitzerwerb den dinglichen „Vertrag" bildet, braucht dem Erwerber sicherlich nicht kundgetan zu werden, da es gemäß § 181 als reiner innerer Vorgang geschehen kann. Außerdem muß der Erwerber aber den mittelbaren Besitz an der Sache erlangen. Die darauf zielende Vereinbarung ist in dem ersten Vertrage zwischen Vertreter und Erwerber geschlossen. Zwischen der Sache und dieser Vereinbarung wird ferner die notwendige Verbindung hergestellt durch den Willen des Vertreters, die Sache der Vereinbarung gemäß zu behandeln. Es ist aber fraglich, ob dadurch wirklich der mittelbare Besitz des Erwerbers begründet ist. Nimmt man freilich an[53]), der Begriff des „mittelbaren Besitzes" sei eine bloße Fiktion, um gewisse rechtliche Verhältnisse denselben Rechtssätzen unterzuordnen, wie das tatsächliche Verhältnis des Besitzes, so muß man folgern, daß der bezeichnete Wille des Vertreters genügt, da er die rechtliche Beziehung zwischen dem Erwerber und der Sache vollendet. Nimmt man aber — mit der herrschenden Lehre[54]) — an, der mittelbare Besitz sei eine zwar vergeistigte, aber doch

---

[53]) Wendt im Archiv f. Ziv. Praxis Bd. 87, S. 40. Müller-Erzbach in Iher. Jahrb. Bd. 53, S. 362 ff.

[54]) Wolff, Sachenrecht, S. 22. Endemann, Bd. II, 1, § 32. Crome, Bd. III, § 345. Przibilla, Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes S. 86.

durchaus tatsächliche Beziehung zu der Sache, so genügt der Wille des Vertreters nicht.

Die herrschende Lehre ist nämlich m. E. aus folgenden Gründen für richtig zu befinden: Wenn eine im § 930 charakterisierte Vereinbarung abgeschlossen ist und der Veräußerer den unmittelbaren Besitz an der Sache hat, so hat das zwar an sich nur eine verpflichtende Bedeutung für die Parteien, die Rechtsordnung droht nur, im Falle der Zuwiderhandlung (z. B. der Einbehaltung der gemieteten Sache) Zwang anzuwenden. In einem geordneten Staatswesen ist nun durch die Regelung des Prozesses und die Unwiderstehlichkeit der Vollstreckungsorgane diese Aussicht auf Zwang eine derartig sicherer, daß schon sie allein einen Druck auf den unmittelbaren Besitzer ausübt. Die Drohung mit Zwang ist selbst Zwang, allerdings geistiger Natur, wenn die angedrohte Maßnahme mit einiger Wahrscheinlichkeit durchgeführt werden wird. Aus diesem Grunde ist der Verpfänder, Vermieter etc. nicht nur berechtigt, die Sache nach Ablauf einer gewissen Zeit zurückzufordern, diese ist vielmehr auch seiner tatsächlichen Herrschaft nicht völlig entrückt, weil die Möglichkeit, daß der Vermieter im Falle einer Zuwiderhandlung des Mieters die Durchführung seiner Rechte erzwingt, schon ohne körperlichen Zwang den andereren im Sinne der getroffenen Vereinbarung und der ihm obliegenden gesetzlichen Pflichten zu handeln veranlaßt. Begründet dies die wahre Besitznatur des mittelbaren Besitzes, so ist unmittelbar daraus zu folgern, daß eine Vereinbarung im Sinne von § 930 dann zur Begründung des mittelbaren Besitzes nicht ausreicht, wenn sie allein dem Gläubiger nicht die Möglichkeit gibt, sein Recht durch Prozeß und Zwangsvollstreckung durchzusetzen. Denn dann fällt eben der psychische Zwang fort.

Das ist aber der Fall, wenn die Vereinbarung getroffen wird, ohne daß der Veräußerer im Besitz der Sache ist und dieser dann zwar den unmittelbaren Besitz an der Sache erwirbt mit dem Willen, sie der Vereinbarung zu unter-

werfen, nicht aber diesen Willen nach außen hin irgendwie betätigt. Denn dann ist es offensichtlich dem Gläubiger unmöglich, seine Rechte aus der Vereinbarung bezgl. der Sache zwangsweise durchzusetzen, obgleich diese Rechte allerdings an sich bestehen. Diese Durchsetzung würde ganz von dem guten Willen des Schuldners abhängen (nämlich im Prozeß z. B. ein Geständnis abzulegen oder die Leistung des Eides zu verweigern), und ihre Androhung durch die Rechtsordnung kann daher einen psychischen Zwang nicht ausüben.

Diese Überlegung ergibt auch, wie weit diese Betätigung des Willens gehen muß, nämlich soweit, daß der Gläubiger die Möglichkeit erlangt, auch unabhängig von dem guten Willen des Schuldners seine Rechte aus der Vereinbarung bezgl. der Sache durchzusetzen. Was das im Einzelnen, insbesondere bei den typischen Fällen, bedeutet, ist eine mehr praktische Frage, die hier nicht erörtert werden kann. Eins ist jedenfalls sicher, daß wegen der freien Beweiswürdigung des Richters eine zweifellose Bindung des Schuldners, wie Lenel will, nicht gefordert werden kann.

Erst durch die Kundbarmachung des Willens, den Erwerber zum mittelbaren Besitzer zu machen, wird er vermöge der vorher getroffenen Vereinbarung mittelbarer Besitzer der Sache, und wenn bei ihr der Vertreter den Willen hatte, daß das Eigentum auf den Erwerber übergehen soll, so wird dieser gemäß §§ 929, 930, 181 BGB. Eigentümer.

Druck von Rosenthal & Co., Berlin W. 21, Alt-Moabit 105.